

ČLANCI I PRILOZI

Dr. sc. Mirjan Damaška*

PRIGOVORI JEDNOJ PREŠIROKOJ DOKAZNOJ ZABRANI

Novi hrvatski ZKP iz 2008. godine u članku 422. zabranjuje dokazivanje činjenica koje se odnose na prijašnje spolno ponašanje žrtve i njezine seksualne sklonosti. No za razliku od svojeg američkog uzora, tzv. rape shield odredbe iz 1978. godine, hrvatske odredbe poznaju samo jednu iznimku, tj. slučaj u kojem obrana može pobijati porijeklo podataka iz medicinske dokumentacija o spermi, ozljedama ili materijalnim tragovima od okrivljenika. Na temelju brojnih slučajeva iz prakse sudova u SAD i Kanadi autor u članku pokazuje da je hrvatska zabrana definirana preširoko te pokriva situacije u kojima bi činjenice iz prijašnjeg ponašanja navodne žrtve imale veliku dokaznu vrijednost pa bi njihovo isključenje iz dokaznog materijala moglo dovesti do pogrešne presude. Autor stoga predlaže da se zabrana iz stavka 1. članka 422. ZKP ograniči još jednom iznimkom, tj. situacijom u kojoj bi isključenje takvih činjenica iz dokaznog materijala moglo dovesti do povrede ustavnih prava okrivljenika.

Kao što je čitatelju poznato, novi Zakon o kaznenom postupku sadržava u svom članku 422. dokaznu zabranu da se u postupku upotrijebe kao dokazi činjenice koje se odnose na prijašnje spolno ponašanje žrtve i njezine seksualne sklonosti. Izvorni preteča te zabrane je američko savežno zakonodavstvo sedamdesetih godina prošlog stoljeća, odakle su je, zahvaljujući prvenstveno feminističkim nazorima na odnose među spolovima, preuzela neka nacionalna zakonodavstva.¹ Devedesetih godina prošlog stoljeća zabrana se pojavila

* Dr. sc. Mirjan Damaška, Emeritus Sterling Professor of Law, Yale University, New Haven, SAD.

¹ Prototip zabrane sadržava američki *Privacy Protection for Rape Victims Act* iz 1978. godine. Propisi tog zakona uvršteni su u Savezna pravila o dokazima (*Federal Rules of Evidence*) kao pravilo 412. Primjer zabrane iz nacionalnog pravnog sustava koji je u velikoj mjeri utjecao na donositelje hrvatskog Zakona o kaznenom postupku nalazimo u Italiji. Vidi *Legge 15. febbraio 1966, n. 66, Norme contro la violenza sessuale, art. 15*. Propisi tog zakona preneseni su u članak 472(3)(bis) talijanskog Zakonika o kaznenom postupku (*Codice di Procedura Penale*). Njemačko pravosuđe – tradicionalni izvor nadahnuća za hrvatske pravnike – nije skloni toj dokaznoj zabrani. Ona je bila razmotrena na jednoj godišnjoj skupštini njemačkih pravnika, ali je prevladalo mišljenje da u prevelikoj mjeri ometa utvrđenje istine. Negativan stav prema zabrani

i u propisima međunarodnih kaznenih sudova.² Iako se njezinim usvajanjem hrvatski zakonodavac poveo za suvremenim strujanjima u dokaznom pravu, odredbe koje se na zabranu odnose ne zadovoljavaju: redaktorima je izmakao iz vida pregršt rubnih pitanja koja se u svezi s njom javljaju. Napomene koje slijede posvećene su toj temi.

I.

Pristupajući analizi zabrane treba odmah naglasiti njezinu delikatnost, jer ograničava mogućnost podnošenja dokaza koji upućuju na nedužnost u postupku za teška kaznena djela kod kojih sloboda i ugled građana dolaze u pitanje. Ne smijemo zaboraviti da je prvenstveni adresat te zabrane optuženik kojem ustavne odredbe i međunarodni dokumenti o ljudskim pravima zajamčuju pravo da izvodi dokaze u svoju obranu. Ti mu propisi jamče i to da će biti oslobođen ako, nakon provedenog postupka, preostane sumnja u njegovu kaznenu odgovornost. S tim u svezi moramo imati na umu da velika dokazna vrijednost nije uvjet za prihvrat ponuđenog dokaza: zadostaje da je kadar utjecati na vjerojatnost postojanja neke pravno relevantne činjenice u mjeri koja nije tako beznačajna da se smije zanemariti. Imajući te okolnosti u vidu, postavlja se pitanje čime se može opravdati zabrana da se kao dokaz upotrijebe činjenice koje se odnose na prijašnje spolno ponašanje žrtve ili na njene seksualne sklonosti. Koja je tu *ratio legis*?

Prvi razlog koji govori u prilog zabrane jest da te činjenice imaju u pravilu neznatnu dokaznu vrijednost ili im pak potpuno nedostaje dokazni potencijal. Ako je, na primjer, silovatelj žrtvi nepoznata osoba koja ju je fizički nadvladala, sasvim je krhka i jedva tinjajuća veza između njezinih seksualnih sklonosti i nasilne obljube. Dopustiti dokaz tih sklonosti sliči dopustiti razbojniku da u kaznenom postupku dokazuje darežljivost osobe kojoj je silom ili prijetnjom oduzeo imovinu. *Dabit qui debet* tu ne važi: sve da je ta osoba i sklona davanju, ta je sklonost sasvim tangencijalno relevantna za prosudbu o tom je li oduzimanja njezine imovine bilo prisilno. No sve kad u okolnostima inkriminiranog događaja i postoji zamjetna mogućnost da je žrtva pristala na snošaj, njezin bogati erotski život i snažan libido rijetko kad će poprimiti veću od neznatne dokazne vrijednosti za izvod o dobrovoljnosti obljube. Ako neka osoba često

vidi se u njemačkoj procesnoj teoriji. Vidi npr. B. Schünemann, *Zeugenbeweis auf dünnem Eis*, u knjizi A. Eser et al., *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Gossner*, str. 385 i 408 (2001).

² Vidi pravilo 96. Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog kaznenog suda za bivšu Jugoslaviju, kao i pravilo 71. Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog kaznenog suda.

mijenja spolne partnere, to ne znači da je spremna općiti sa svim i svakim, pa njezin promiskuitet ima zanemarivo malu vrijednost za zaključak da je pristala na konkretni koitus s optuženikom. To vrijedi navlastito za društva u kojima su izvanbračni spolni odnosi prošireno ponašanje, ako ne i norma.

Drugi razlog koji govori u prilog zabrane jesu društveni interesi koji se protive tome da informacije o prijašnjem spolnom životu žrtve postanu uzgredni objekt dokazivanja u kaznenom postupku. Iznošenjem tih informacija drastično se zadire u njezinu intimnu sferu, pa joj se mogu prouzročiti dodatne trauma, poniženja i povrede dostojanstva. Do povreda intime dolazi navlastito u dinamici unakrsnog stranačkog ispitivanja koje je novi Zakon o kaznenom postupku usvojio, a posebice kad se sudska odluka svodi na ocjenu proturječnih iskaza optuženika i navodne žrtve o tom je li obljava bila sporazumna. U pogledu te ocjene ne smije se zanemariti ni mogućnost jedne dodatne nepoželjne posljedice, iako se o njoj nerado govori. Ne bi se, naime, smjela isključiti mogućnost da sud, preplavljen informacijama o spolnoj žeđi neke osobe, zaključi da ju je ona utažila u inkriminiranom snošaju, premda za taj zaključak nema dovoljno dokaznih osnova. Zbog neugodnosti koje forenzično virenje u spolnu intimu može prouzročiti, opravdana je i bojazan da bi tankočutne žrtve mogle odustati od podnošenja kaznene prijave za silovanje ili neko drugo djelo protiv spolnog čudoređa kojih je represija u velikom društvenom interesu.

Principijelna opravdanost dokazne zabrane kojom se bavimo proizlazi iz upravo izloženog. Rizik štete od dokazivanja činjenica iz prijašnjeg spolnog života žrtve ima u pravilu prevagu nad malom vrijednošću tih činjenica za dokaz hipoteze o optuženikovoju nedužnosti. Razumljivo je stoga da su zabranu usvojila i zakonodavstva nekih zemalja neustalasalnog feminizma, pa se usvajanje zabrane ne može pripisati isključivo političkom utjecaju tog pokreta.

No ako je zabrana načelno opravdana jer se temelji na onom *quod plerumque fit*, to ne znači da je možemo opravdati u svim konkretnim slučajevima koji se mogu pojaviti. Mogu iskrsnuti okolnosti u kojima činjenice iz prijašnjeg spolnog života poprime takvu dokaznu snagu da nas u načelu točan balans suprotstavljenih interesa ostavlja na cjedilu, pa se javlja opasnost da zanemarivanje tih činjenica može dovesti do nepravilne presude. Drugim riječima, može ispasti da osoba koju Zakon o kaznenom postupku naziva žrtvom zapravo nije žrtva.³ Prokrustovski karakter koji načelna zabrana tad pridoba ne

³ U pogledu izraza "žrtva" hrvatski se zakonodavac poveo za stranim uzorima, iako smatramo da se terminologiji kojom se ti uzori služe može ozbiljno prigovoriti. Počinjenje kaznenog djela, a time i postojanje žrtve tog djela, utvrđuje se, naime, tijekom kaznenog postupka, pa je prije njegova okončanja preuranjeno govoriti o "žrtvi". Preuranjena upotreba te terminologije kosi se i s pretpostavkom optuženikove nedužnosti: njegovo je pravo da dokazuje ne samo da nije kazneno *odgovoran* nego i da kazneno *djelo* nije počinjeno, pa da nema ni žrtve tog djela.

bi nas smio čuditi: povijest dokaznih sustava obiluje primjerima poteškoća koje nastaju pri pokušaju da se unaprijed odredi dokazna vrijednost određene kategorije činjenica.⁴

Treba, dakle, pravilo opskrbiti iznimkama.⁵ U svom članku 422. stavku 2. Zakon o kaznenom postupku dopušta tako dokaz da sperma, drugi materijalni tragovi ili ozljede opisane u medicinskoj dokumentaciji potječu od snošaja s nekom drugom osobom, ili osobama, a ne od optuženika.⁶ No tom iznimkom nisu ni izdaleka pokrivena sve moguće situacije u kojima činjenice iz prijašnjeg spolnog života mogu dobiti tako zamjetnu dokaznu vrijednost da ih je teško zanemariti, a da se pravilnost presude ne dovede u pitanje. Kako bi čitatelj stekao dovoljno jasnu sliku o domašaju i značaju tih situacija, moramo načas prekinuti apstraktno izlaganje, pa iznijeti niz ilustracija za tu tvrdnju. Bilo bi pogrešno misliti da se ti primjeri sastoje od izmaštanih hipotetičnih situacija, jer se temelje na adaptaciji slučajeva iz američke sudske prakse u kojoj se dokazna zabrana o kojoj je riječ primjenjuje već nekoliko desetljeća.

II.

Pogledajmo najprije situacije u kojima je teško, ili čak praktično nemoguće, odvojiti činjenice koje se odnose na spolno ponašanje navodne žrtve od

Zašto se izraz “žrtva”, a ne “navodna žrtva”, ipak udomačio u nekim europskim zakonodavstvima – pa, eto, i u Hrvatskoj – duga je priča, povezana s nedomišljenom adaptacijom opravdanih zahtjeva žrtvoslovnog pokreta potrebama kaznenog postupka. No za tužaljkicu o toj nedomišljenoj adaptaciji i njezinim posljedicama nema mjesta u ovom kraćem napisu.

⁴ Nedaće u koje je zapala dokazna teorija rimskog kanonskog postupka u starom režimu najpoznatiji je primjer za opiranje dokazne vrijednosti stezniku krutih pravila. Za noviju literaturu o tenziji koja se u tom postupku javljala između kategoričkih dokaznih pravila i potrebe suda da vodi računa o dokaznoj snazi u okružju konkretnog slučaja vidi *M. Schmoedel, Humanität und Staatsraison*, str. 193-94 (2000).

⁵ Pomanjkanje iznimaka može se razumjeti samo u propisima koji vrijede za međunarodne kaznene sudove. Vidi *supra*, bilj. 2. Kaznena djela iz njihove nadležnosti stvaraju, naime, atmosferu prožetu nasiljem i strahom, u kojoj na obljubu s osobom koja pripada drugoj strani u sukobu treba gledati slično kao što se gleda na snošaj zlupotreboj položaja ili snošaj s nemoćnom osobom. Pristanak na spolne odnose tu je pravno nerelevantan, pa ne oslobađa počinitelja od kaznene odgovornosti.

⁶ Po svom smislu, a u nekoj mjeri i po jezičnom oblikovanju, iznimka je istovjetna s jednom od iznimaka koje predviđa prototip zabrane u američkom saveznom zakonodavstvu. Ta američka iznimka dopušta dokaz specifičnih slučajeva spolnog ponašanja navodne žrtve ako je ponuđen sa svrhom da se dokaže da je neka druga osoba, a ne optuženik, izvor sperme, povrede ili drugih materijalnih dokaza. (“*In a criminal case, the following evidence is admissible, if otherwise admissible under these rules: A. evidence of specific instances of sexual behavior by the alleged victim offered to prove that a person other than the accused was the source of semen, injury, or other physical evidence.*”) Vidi Savezna pravila o dokazima, *supra*, bilj. 1, pravilo 412 (b)(A).

činjenica koje upućuju na mogućnost lažne objede za silovanje, ili neko srodno kazneno djelo. Iako su lažne prijave za silovanje rijetkost, ne smijemo ih zanemariti – naročito zbog velikih poteškoća koje mogu nastati da ih se otkloni i opovrgne. Stavite se, na primjer, u položaj optuženika koji govori istinu kad svjedoči da je snošaj s navodnom žrtvom bio dobrovoljan, ali da ga ona lažno tereti jer joj nije platio cijeli ugovoreni iznos za seksualnu uslugu.⁷ Ako mu se sad onemogućući da svoj iskaz potkrijepi dokazom da se podnositeljica kaznene prijave bavi prostitucijom – a to je činjenica iz prijašnjeg spolnog života – njegova obrana gubi izgled na uspjeh. Ili, uživite se u slučaj optuženika koji raspolaže dokazom da se maloljetnica koja ga je obijedila za silovanje, jednom drugom prilikom potužila na prisilnu obljubu nakon što je bila zatečena pri snošaju na javnom mjestu. Poslije je pak priznala da je taj snošaj bio dobrovoljan, ali da je lagala zato da konzervativnim roditeljima prikrije preranu spolnu aktivnost.⁸

Kad se činjenice iz prijašnjeg života navodne žrtve ne odnose na njezine spolne odnose s trećim osobama, nego na njezine prijašnje odnose s optuženikom, posebno je lako zamisliti slučajeve u kojima dokazi tih odnosa zadobivaju znatnu dokaznu vrijednost. Zamislite da navodna žrtva iskazuje da joj optuženik nije nikad bio ljubavnik, nego samo prijatelj, a da obrana raspolaže informacijom da je nekoliko dana prije inkriminire zgrade s njim imala spolni odnošaj. Zabraniti dokazivanje te činjenice, ili postavljanje pitanja o njoj prilikom unakrsnog ispitivanja, može lako prouzročiti pogrešnu ocjenu vjerodostojnosti navodne žrtve, a slijedom toga i neopravdanu sudsku odluku. Pritom ne treba zaboraviti da podaci iz prijašnjih odnosa optuženika i navodne žrtve mogu biti od dokazne vrijednosti i za optužbu. Moguće je, na primjer, da tužitelj raspolaže informacijom da je podnositeljica kaznene prijave nekoliko dana prije odnošaja na koji se optužnica odnosi prekinula vezu s optuženikom, navodeći da joj je u erotskom pogledu odbojan. Teško je poreći da taj podatak u znatnoj mjeri pridonosi vjerojatnosti da je teza optužbe istinita.

⁷ Vidi *People v. Slovinski*, 166 Mich. App. 158 (1988). Slučaj smo u tekstu dramatisirali pretpostavkom da je poznato da optuženik govori istinu. Pri ocjeni nedramatisiranog slučaja ne smijemo zaboraviti da iz dopuštenja da se neka činjenica dokazuje ne proizlazi nužno da će sud pokloniti vjeru tom dokazu nakon što bude izveden. Ako se *sadržaju* dokaza (npr. okolnostima o kojima će svjedok iskazivati) ne može osporiti vrijednost kao podatku iz kojeg se može izvesti zaključak o istinitosti neke činjenične tvrdnje, to ne znači da *nositelj* tog dokaza (npr. svjedok) ne može prilikom izvođenja dokaza ostaviti dojam da je nepouzdan kao izvor saznanja.

⁸ Vidi *United States v. Stamper*, 766 F. Supp. 1396, 1400. U jednom činjenično sličnom i često citiranom predmetu, optuženik je neuspješno predlagao dokaz činjenica iz spolnog života navodne žrtve sa svrhom da upozori na motiv lažne objede za silovanje. Osuđujuća presuda našla se pred sucima Vrhovnog suda SAD koji su je ukinuli, proglašivši primjenu zakonske zabrane na okolnosti tog slučaja protuustavnom. Vidi *Olden v. Kentucky*, 488 U.S. 227 (1988).

Kad je riječ o pokušaju silovanja, pa postojanje optuženikove namjere dobiva ključnu važnost, činjenice iz prijašnjeg spolnog života mogu postati dragocjene za obranu. Pretpostavite, na primjer, da je optuženik našao od bivšeg ljubavnika navodne žrtve da u njezin ritual zavođenja spada ovlašteno opiranje pokušajima priljubljenja, ili da mu je navodna žrtva, neposredno prije inkriminiranog pokušaja, pričala o svojim pustopašnim seksualnim avanturama, erotskim kvalitetama muškaraca koji su prošli kroz njezinu postelju i položajima koje voli pri koitusu. Zabrani li se iznošenje tih činjenica, urušuju se izgledi obrane da pokaže kako je optuženik bio u zabludi o pristanku na cjelovitu obljubu te da je odustao od nasrtaja kad je toga postao svjestan.⁹

Ono što vrijedi za dokaz prijašnjeg spolnog ponašanja, vrijedi i za dokaz seksualnih sklonosti. Ako bi navodna žrtva iskazala da nije pristala na spolni odnošaj s optuženikom, jer je, kao lezbijku, heteroseksualna obljuba obuzima gnušanjem, teško bi bilo zaniijekati vrijednost dokaza o njezinim čestim spolnim odnosima s muškarcima. Što se dokazivanja erotičnih sklonosti tiče, poučan je jedan slučaj iz američke sudske prakse koji je devedesetih godina prošlog stoljeća zadobio velik medijski publicitet. Na raspravi u povodu optužbe za delikt spolnog zlostavljanja navodna je žrtva posvjedočila da ju je optuženik razodjevenu vezao uz postelju, udarao po stražnjici i izložio raznim spolnim zlostavljanjima. Teza obrane bila je, međutim, da se tom prilikom radilo o sporazumnoj sado-mazohističkoj seansi. Budući pak da je podnositeljica kaznene prijave zaniijekala mazohističke sklonosti, obrana je kao protudokaz ponudila njezinu elektroničku poštu koju je prije inkriminirane zgođe poslala optuženiku, a u kojoj je podrobno opisala svoja prethodna mazohistička iskustva, kao i svoju potrebu da trpljenjem boli zaroni do dna naslade. Pozivom na zakonsku zabranu dokazivanja spolnih sklonosti, sud je odbio da se izvede taj dokaz, pa je došlo do dvojbene osude.¹⁰

Zabrana dokazivanja činjenica iz prijašnjeg spolnog života navodne žrtve može postati posebno problematična ako sud u istom predmetu dopusti iznošenje činjenice iz prijašnjeg spolnog života optuženika. Kad njegovo ponašanje ima zamjetno veću dokaznu vrijednost, taj se asimetrični pristup još može braniti. Uzmimo da se činjenice iz prijašnjeg spolnog života optuženika odnose na prisilne obljube, a prijašnje činjenice iz života navodne žrtve na njezine česte izvanbračne spolne odnose. Budući da je izvanbračni seks proširena, a silovanje mnogo rjeđa pojava, optuženikovo ponašanje – gledano kroz statističke naočale – ima znatno veći dokazni potencijal, jer ga stavlja u mnogo manju grupu od one u koju njezino ponašanje svrstava

⁹ O teškoćama koje se javljaju pri dokazivanju zblude o pristanku na obljubu vidi zanimljivu kanadsku presudu u predmetu *Leary v. The Queen*, 33 C.C.C. 2d 473 (1977).

¹⁰ Novinski izvještaj o tom slučaju objavio je *The Wall Street Journal* od 20. travnja 1998., str. A-19.

navodnu žrtvu. Dopustiti dokaz optuženikove prijašnje spolne agresivnosti, ali ne i promiskuitet navodne žrtve, može se u tom primjeru opravdavati argumentima statističkog žanra – pod uvjetom, dakako, da tom dokazu ne stoji na putu neka druga prepreka. No ako ponašanje obiju strana ima isti dokazni potencijal, ili se oblici spolnosti optuženika i navodne žrtve međusobno prepleću i upotpunjuju, asimetričan je tretman zaista teško opravdati.¹¹ To se lijepo vidi na jednom drugom primjeru iz američkih sudnica koji je također pobudio medijski interes. Popularni američki komentator profesionalnih košarkaških utakmica Marv Albert bio je devedesetih godina prošlog stoljeća optužen za prisilni analni snošaj (*sodomy*). Jedna ga je točka optužnice teretila da je tom prilikom ugrizima ozlijedio leđa svoje dugogodišnje ljubavnice s kojom je nešto poslije prekinuo vezu. Na ročistu prije rasprave sudac mu je zabranio izvođenje dokaza o tom da je trpljenje ugriza dio erotskog arsenala podnositeljice kaznene prijave, kao i dokaz da je ona u nekoliko navrata očitovala osvetoljubivost prema spolnim partnerima koji su je napustili. Istovremeno, sud je javnom tužitelju dopustio da na raspravi sasluša kao svjedoka jednu ženu na okolnost da ju je Albert prilikom snošaja pokušao ugristi. Izgubivši važne žetone da ih stavi u talon za pregovore s tužiteljem, Albert je pristao na donošenje presude na temelju sporazuma stranaka koja je izgledala vrlo nepovoljnom za njegovu karijeru.¹² Ne treba dugo razmišljati o tom slučaju pa da se shvati da je asimetričan pristup dokazu erotskih sklonosti ponekad vrlo teško pomiriti sa zahtjevom pravičnog postupka da se strankama osigura jednakost procesnog oružja.

¹¹ Zamislite, na primjer, da sud dopusti dokaz da je optuženik sklon pohoti kao erotizirani satir te da je neko vrijeme prije inkriminirane obljube izjavio pred svjedocima da mora, pošto-poto, zadovoljiti svoju požudu. Te činjenice ne spadaju pod dokaznu zabranu, pa bi se mogle dokazivati. Zamislite sad da u tom istom predmetu sud zabrani dokaz da je navodna žrtva sklona seksu kao erotizirana nimfa te da se u vrijeme spornog snošaja požalila da pati od nezadovoljene potrebe za seksualnim užitkom. Nejednak pristup dopustivosti tih dvaju dokaza – rođenih, da tako kažemo, od iste loze – teško je braniti. Kao opravdanje mogla bi doći u obzir samo empirički nepotkrijepljena hipoteza da sudovi u pravilu griješe pri odlučivanju o postojanju pristanka na snošaj, sustavno *podcjenjujući* spolnu agresivnost muškaraca, a *precjenjujući* naklonost žena spolnom užitku. Asimetričan pristup tad bi se mogao poduprijeti argumentom da uspostavlja ravnotežu potrebnu za ispravnu ocjenu proturječnih dokaza optužbe i obrane. No i u toj hipotezi teško je izbjeći utisak da je dokazna zabrana odveć drastična mjera za uspostavljanje poželjnog ravnovjesja.

¹² Vidi *The Wall Street Journal*, *supra*, bilj. 10, na istom mjestu. Ispalo je, međutim, da Alberta ta presuda nije spriječila da nekoliko godina poslije nastavi komentirati košarkaške utakmice.

III.

Malo je vjerojatno da su redaktori članka 422. Zakona o kaznenom postupku imali u vidu rubne slučajeve dokazivanja spolnog ponašanja i spolnih sklonosti poput onih koje smo upravo izložili. Budući da su radili na brzinu, *currente calamo*, to im se može oprostiti. Bilo kako bilo, ostaje činjenica da je domet po njima formulirane dokazne zabrane preširok. Da ne bi bilo nesporazuma, treba odmah podvući da neka s dometom povezana pitanja valja prepustiti sudskoj praksi, pa pomanjkanje jasnoće u pogledu granica zabrane ne smijemo predbaciti onima koji su oblikovali zakonski tekst. To vrijedi ponajprije za pobliže određenje pojmova spolnog ponašanja i spolnih sklonosti: nemoguće je u zakonu odrediti razdjelnicu između onoga što treba potpasti pod zabranu i onoga što treba ostati izvan nje, a da zakonski tekst ne upadne u močvaru kazuistike.¹³ Dobro je stoga da se zakonodavac zadovoljio time da utvrdi normativne ljuštore tih dvaju pojmova, prepuštajući njihovo postupno ispunjavanje sudskoj praksi.¹⁴ Sudovima se može ostaviti i odgovor na pitanje vrijedi li dokazna zabrana samo u postupku za kaznena djela protiv spolne slobode i ćudoređa ili i u postupku za druga kaznena djela ako neka činjenica

¹³ Spada li pod pojam spolnog ponašanja činjenica da su se optuženik i navodna žrtva sastali da čitaju erotski golicavu literaturu poput Danteovih Paola i Francesce? ("*Noi leggiamo un giorno per diletto di Lancelotto*", *Inferno, Canto 5*, 127). Spada li pod pojam spolnog ponašanja okolnost da su optuženik i navodna žrtva simulirali snošaj prilikom telefonskih razgovora? O toj temi vodile su se – bez jasnog rezultata – žučljive polemike u povodu jedne indiskrecije bivšeg predsjednika SAD Billa Clintona. Sporno može postati i pitanje nije li pomanjkanje spolne aktivnosti neka vrsta spolnog ponašanja. Ako jest, tužitelj ne bi smio potkrepljivati tezu o prisilnom snošaju dokazom da je navodna žrtva bila djeвица, odlučna da se sustegne od cjeľovite oblube sve do sklapanja braćne veze. O proturjećnim odgovorima amerićkih sudova na dopustivost dokaza o djevićanstvu vidi *Sandoval v. Acevedo*, 996 F. 2d 145, 148 (7th Cir. 1993) i *People v. Johnson*, 671 P. 2d 1017, 1020 (*Colo. Ct. App.* 1983). Razglabjanje o granicama spolnog ponašanja u tim i sličnim prilikama treba prepusti sudskoj praksi.

¹⁴ Nije, međutim, izvjesno da je hrvatski zakonodavac bio svjestan zavrzlama koje će se tim povodom pojaviti. Evo jednog primjera! Posegnu li sudovi za restriktivnim tumaćenjima, ponašanja s manjim erotskim nabojem i manjom dokaznom vrijednošću mogla bi izbjeći zabranu, a ponašanja s većim erotskim nabojem i većom dokaznom vrijednošću mogla bi pod nju potpasti. Čitanje erotikom natopljene literature moglo bi se dokazivati, ali ne i okolnost da je inkriminirana obluba izvršena u kontekstu seksualne orgije u kojoj je navodna žrtva imala sukcesivne spolne odnose s većim brojem partnera. Nastali paradoks može se, dakako, ukloniti time da sud proglasi čitanje pornografije nerelevantnim za dokaz pristanka na oblubu, pa se slijedom toga neće izvesti ni jedan ni drugi dokaz. No to rješenje neće biti moguće, a da se ne prihvati načelo da se i bez specifićne zakonske odredbe mogu zabaciti dokazi koji nisu bezvrijedni, pod uvjetom da za to postoji opravdan razlog. Primjer tog fluidnog načela, ugrađenog u zakonski tekst, nalazimo u amerićkim Saveznim pravilima o dokazima. Vidi pravilo 403, *infra*, bilj. 17. Stručna literature govori tu o pojmu "pragmatićne" (umjesto "spoznajno-logićke") relevantnosti.

iz spolnog života navodne žrtve postane pravno relevantna.¹⁵ Isto vrijedi i za pitanje otpada li zabrana u slučaju da se navodna žrtva složi s tim da tužitelj dokazuje neku činjenicu iz njezina spolnog života.

Preostaje problem marginalnih slučajeva u kojima prijašnje ponašanje ili sklonost navodne žrtve nedvojbeno podliježu dokaznoj zabrani, ali njezina primjena može dovesti do nepravilne presude. Kao što smo uvodno naglasili, zabranu je u tim slučajevima teško pomiriti s međunarodno priznatim pravima optuženika i s pravičnim postupkom. Budući da jedina iznimka koju Zakon o kaznenom postupku predviđa ne zadostaje da se nastali problem riješi, javlja se potreba za zakonodavnom intervencijom.

Što bi tu trebalo poduzeti da se zabrana svede u prihvatljive granice?

Budući da su redaktori zakonskog teksta slijedili strane uzore, bliska je pomisao da se u stranom pravu potraži zadovoljavajuće rješenje. Vrstu sigurnosnog ventila za marginalne slučajeve nalazimo već u prototipu zabrane iz američkog saveznog zakonodavstva. Prije smo napomenuli da ono sadržava iznimku koja se po svom smislu u potpunosti poklapa s iznimkom iz članka 422.¹⁶ Zakona o kaznenom postupku. No američki zakonodavac nije izgubio iz vida da zabrana dokazivanja činjenica iz spolnog života navodne žrtve može postati upitna i u nekim daljnjim situacijama, pa je predvidio dvije dodatne iznimke. Prva se odnosi na činjenice koje se tiču uzajamnih spolnih odnosa navodne žrtve i optuženika. No i te se činjenice ne smiju utvrđivati ako šteta koju bi njihovo dokazivanje moglo prouzročiti navodnoj žrtvi ima znatnu prevagu nad njihovom dokaznom vrijednošću.¹⁷ Druga iznimka sadržava pomalo nebuloznu opću formulu koja ostavlja velik prostor sudačkoj rasudbi: odstupanje od zabrane dopušteno je uvijek kad se njezina primjena kosi s ustavnim pravima optuženika. Dva američka ustavna prava dolaze tu u obzir: jedno je pravo optuženika da se suoči sa svjedocima optužbe i podvrgne ih unakrsnom ispitivanju, a drugo je njegovo pravo da privede i sasluša svjedoke obrane.¹⁸ Upada odmah u oči sličnost tih prava s odredbom hrvatskog Ustava koja garantira optuženiku pravo “da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe i da zahtijeva da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe”.¹⁹ Nema, dakle, sumnje da i u domaćem pra-

¹⁵ Američko i talijansko zakonodavstvo zabranjuju iznošenje činjenica iz spolnog života samo u postupcima za spolne delikte. No, te činjenice mogu postati relevantne i u postupku za neka druga kaznena djela (npr. tjelesne povrede).

¹⁶ Vidi *supra*, bilj. 6.

¹⁷ Taj uvjet pravilo 412. Saveznih Pravila o dokazima izrijeком ne sadržava. No on slijedi iz zavisne rečenice teksta tog pravila – “*if otherwise admissible under these rules*” – koja upućuje na načelo da se relevantan dokaz može zabaciti ako štetne posljedice njegova izvođenja imaju znatnu prevagu nad njegovom dokaznom vrijednošću. Pravilo 403.

¹⁸ Oba prava sadržava 6. amandman saveznog Ustava.

¹⁹ Članak 29. Ustava RH.

vnom pejsažu postoji građa za svođenje dokazne zabrane u prihvatljive granice pozivom na ustavne odredbe. Kao potencijalno vrelo inspiracije zanimljivo je, međutim, i talijansko pravo, koje rješava problem rubnih slučajeva, a da ne ovlasti sud da u konkretnim slučajevima ocjenjuje dovodi li primjena načelne zabrane do ustavnih teskoća. Pitanja koja se odnose na činjenice iz spolnog života oštećene osobe smiju se po talijanskim propisima postavljati kad god su “nužna za rekonstrukciju činjeničnog stanja”.²⁰

IV.

Izgleda, dakle, da hrvatskom zakonodavcu ne bi bilo teško pronaći zadovoljavajuću formulaciju dodatnih iznimaka od dokazne zabrane, bilo crpnjom građe iz stranih predložaka, bilo osloncem na rješenja koja se mogu i kod kuće dosegnuti. No predviđanju iznimaka od zabrane s pomoću općih formula može se prigovoriti da se time otvaraju vrata neopravdanom pozivanju na činjenice koje omogućuju odstupanje od zabrane. Kad se u nekom predmetu ne može isključiti mogućnost pristanka na snošaj, ne će li delinkventima biti odveć olakšano zadiranje u privatnost osobe koja je podlegla njihovu spolnom nasilju?

Prigovor valja uzeti ozbiljno, naročito zbog velikog manevarskog prostora koji će novim hrvatskim propisima usvojena *isključiva* dokazna inicijativa stranaka pružiti svakoj, pa i neskrupuloznoj obrani. No, lijek za tu pojavu, koju je u dinamici stranačkog postupka teško izbjegnuti, valja tražiti u procesnim mehanizmima za filtriranje neosnovanih pitanja o spolnom životu i neosnovanih prijedloga da se činjenice iz tog života dokazuju.²¹ Alternativno rješenje, naime rješenje da se neopravdano pozivanje na iznimke izbjegne odricanjem od njihova predviđanja u zakonu, nije dobar put. Kao što smo pokazali na primjerima, beziznimna dokazna zabrana može dovesti u sumnju opravdanost presude, pri čemu je prvenstveno riječ o sumnji da bi nedužna osoba mogla biti osuđena, a ne o sumnji da bi krivac mogao izbjeci zasluženu

²⁰ U postupcima za delikte seksualnog nasilja, kaže talijanski zakonodavac, “*non sono ammesse domande sulla vita private o sulla sexualita della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto*”. Vidi *Codice di Procedura Penale*, art. 472, 3-bis.

²¹ Na primjer, prijedlozi koji se oslanjaju na iznimke morali bi podrobno opisati sadržaj dokaza, dokazno sredstvo i svrhu dokazivanja (recimo dokaz motiva za lažnu objedu ili dokaz zablude o pristanku žrtve). Kad god je to moguće, o tim bi prijedlozima trebalo odlučivati već na ročistu pred optužnim vijećem, a navodna žrtva morala bi biti pravodobno upoznata sa sadržajem prijedloga. Moralo bi joj se dati i pravo sudjelovanja na ročištu. Postavljanje pitanja o spolnom životu žrtve na raspravi, kao i stavljanje dokaznog prijedloga da se ti odnosi utvrde tijekom rasprave, trebao bi sud dopustiti samo ako iz opravdanih razloga podesnost tih pitanja i prijedloga nije mogla prije biti utvrđena.

kaznu. Primjenom zabrane dolazi, naime, prvenstveno do zabacivanja dokaza koji upućuju na nedužnost, a ne dokaza koji upućuju na krivnju. Kazneno pravosuđe pak od davnine zazire mnogo više od opasnosti nepravedne osuđujuće nego od opasnosti nepravedne oslobađajuće presude: već su autoriteti srednjovjekovnog rimskog kanonskog prava upućivali na veću moralnu nelagodu koju izaziva pogrešna osuda od nelagode u koju dovodi pogrešna oslobađajuća presuda.²² Iz različite ocjene težine tih dviju pogrešnih sudskih odluka iznikla je u novije doba i pretpostavka otpuženikove nedužnosti.²³ Sve u svemu, nameće se zaključak da zaštita intimne sfere navodne žrtve mora ponekad ustuknuti pred rizikom neopravdanog dugogodišnjeg oduzimanja slobode nedužnom građaninu: ispravna prosudba suprotstavljenih društvenih vrijednosti ne smije podlegnuti čarima pomodne političke korektnosti.

Summary

OBJECTIONS TO THE OVERBROAD EXCLUSIONARY RULE OF EVIDENCE

The new Croatian Criminal Procedure Act contains in Article 422 a ban on the use of evidence relating to the earlier sexual behaviour and sexual inclinations of the alleged victim. But unlike its 1978 American prototype, Croatian "rape-shield" provisions provide only a single exception to the rule. The exception contemplates cases in which facts from the prior sexual life of the alleged victim are offered to prove that that a person other than the accused was the source of the semen, material traces, or injuries described in medical documents.

In a series of examples drawn from American and Canadian case law, the author attempts to show that the prohibition so defined is too broad, covering situations in which facts from the alleged victim's prior sexual life acquire significant probative value, so that their exclusion from the pool of information could lead to erroneous verdicts. The possibility is particularly troubling because the bulk of the excluded evidence is likely to consist of items pointing to the possibility of innocence, rather than items pointing to the possibility of guilt. In other words, error is more likely to consist in false positives than false negatives. The author suggests that the Croatian "rape-shield" provisions be amended by adding at least another exception to the ban. It could be patterned on the American example of admitting evidence of the alleged victim's prior sexual behaviour when its exclusion would violate the constitutional rights of the accused. Alternatively, it could follow the Italian example and provide that evidence relating to the alleged victim's prior sexual life is admissible whenever necessary for accurate fact-finding.

²² Za ranu kanonsku varijantu rimskog kanonskog prava vidi *Richard Fraher, Ut nullus describatur reus prius quam vincatur*, u *Proceedings of the 6th International Congress of Medieval Canon Law (Biblioteca Apostolica Vaticana, 1985)*. U rimskoj varijanti tog prava nalazimo u tekstu spomenut stav već u trinaestom stoljeću kod vrlo utjecajnog Alberta Gandinusa.

²³ Kažemo "u novije doba", jer ono što se u tekstovima srednjovjekovnih pravnika činilo zorom pretpostavke nedužnosti nije ugledalo svjetlo dana sve do slobodarskih strujanja devetnaestog stoljeća.

